

CAPÍTULO 37

PRESTACIONES ECONÓMICAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: INCAPACIDAD TEMPORAL, MATERNIDAD, INCAPACIDAD PERMANENTE, JUBILACIÓN, MUERTE Y SUPERVIVENCIA

José Luis TORTUERO PLAZA

SUMARIO: I. *Incapacidad temporal*. II. *Maternidad*. III. *Incapacidad permanente*. IV. *Jubilación*. V. *Muerte y supervivencia*.

I. INCAPACIDAD TEMPORAL

1. *Noción jurídica*

Actualizado el riesgo, cualquiera que sea su origen común o profesional, y siempre que se provoque una alteración de la salud con efecto incapacitante de carácter transitorio, el trabajador cesará temporalmente de su actividad profesional, quedando inmerso en la contingencia de incapacidad temporal protegida por los sistemas de protección social.

Los elementos conceptuales de esta causa de inactividad vienen dados por las normas de protección social que otorgan la protección. Así, para los trabajadores por cuenta ajena incorporados al sistema de la seguridad social en el artículo 128 de la LSS, precepto al que básicamente remiten las normas reguladoras de los regímenes especiales que incorporan trabajadores por cuenta ajena (régimen agrario, del mar y de la minería) o por cuenta propia (régimen de autónomos, agrario y del mar, siempre que con carácter voluntario hubieran optado por su protección).

Lo anterior justifica que las normas estrictamente laborales prevean como causa de suspensión del contrato de trabajo, la incapacidad temporal, remitiéndose y vinculando su régimen jurídico, a las reglas dadas por los distintos sistemas de protección social.

Sin perjuicio de lo dicho, utilizaremos como modelos de análisis la noción de la incapacidad temporal dada por el artículo 128 de la LSS, cuyo tenor es el siguiente:

Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

b) los periodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescribe la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2. *Caracterización conceptual*

Para que la incapacidad temporal opere, es necesario que el efecto incapacitante producido por la alteración de la salud, impida al sujeto realizar las funciones esenciales de su actividad profesional, ya que si tal efecto no existe o no reviste la suficiente intensidad, la mera alteración de la salud no constituye causa bastante.

Igualmente la alteración de la salud con efecto incapacitante debe afectar a la actividad productiva activa y no potencial del individuo, de tal forma que produzca un efecto de ingresos consecuente con los efectos incapacitados que le impiden la obtención de las rentas. De esta forma queda delimitado el ámbito subjetivo de la cobertura, dejando fuera colectivos que, a pesar de ver afectada su capacidad de trabajo potencial, el desequilibrio del estado de salud no conlleva un defecto de ingresos, bien por no estar realizando ninguna actividad, bien por no poderla realizar por causas diversas.

Finalmente, entre ambos caracteres, alteración de la salud y efecto capacitante, debe existir una necesaria correlación, superando así la rígida relación de causa-efecto y permitiendo la incorporación de aquellas medidas de carácter terapéutico que se estiman convenientes.

Junto a los caracteres descritos, la incapacidad temporal queda delimitada por el carácter transitorio del proceso curativo y su sometimiento a un tiempo máximo de cobertura.

En efecto, la incapacidad temporal es un periodo de tiempo más o menos extenso —que varía según cada legislación y según cuál sea el riesgo cau-

sante—, con límites rígidos o flexibles, durante el cual la dolencia o la lesión, bien cede en sus efectos y, por tanto, se produce el restablecimiento del estado de salud del individuo, o bien se consolida presentando reducciones anatómicas o funcionales previsiblemente definitivas, afectando con distinta intensidad a la capacidad laboral del trabajador. Por tanto, cuando se habla de temporalidad la referencia queda hecha a la existencia de un plazo máximo de protección prefijado por la norma.

Junto a esta característica externa de carácter estático, aparece un segundo elemento de carácter interno y dinámico, que mira a la transitoriedad o provisionalidad del estado incapacitante, desde la perspectiva de la evolución de la alteración de la salud. La medida de la transitoriedad viene dada por la necesidad de recibir tratamiento médico, en el entendimiento de que con base en él se prevé la recuperación total o parcial de la alteración de salud.

Vemos, por tanto, que aunque interrelacionados ambos elementos, transitoriedad y temporalidad, caracterizan a la incapacidad temporal desde planos distintos.

El análisis conceptual realizado, no sólo caracteriza la contingencia, sino que delimita objetiva y subjetivamente su espacio de actuación.

3. *Mecánica protectora*

a) Requisitos de acceso

Tendrá derecho a la prestación, el trabajador afiliado y en alta o situación asimilada (artículo 124-1 LSS). En caso de enfermedad común, se exige que haya completado una cotización mínima de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la baja. Por el contrario, en caso de accidente sea o no de trabajo y enfermedad profesional, no se exigirá ningún periodo previo de cotización (artículo 130 LSS).

b) Dinámica de la protección

a') Nacimiento. El nacimiento del derecho al subsidio para el supuesto de accidente de trabajo se produce desde el día siguiente al del accidente (artículo 131 LSS).

Para la enfermedad común o el accidente no laboral, el derecho nace a partir del cuarto día de la baja, y si deriva de una enfermedad profesional, desde el día siguiente de la baja para el trabajo.

No tiene derecho al subsidio quien se encuentra en huelga legal o ilegal (artículo 131-3 LSS), si la incapacidad temporal se produce durante aquella

situación y mientras dure; tampoco en la situación de cierre patronal. Los aprendices y los trabajadores a tiempo parcial con escasa dedicación (menos de 12 h/semana o 48 h/mes), estarán privados del derecho a la protección por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (artículos 3-1 g y 4-3 de la ley 10/1994 de 19-V).

b') Duración. La incapacidad temporal derivada de contingencias comunes o profesionales, tiene una duración máxima de doce meses prorrogables por otros seis, cuando se presuma que durante éstos “pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación”, en caso contrario debe acudir a la declaración de invalidez permanente (artículo 128-1a LSS). Una vez agotado el plazo máximo de 18 meses, se examinará —necesariamente y en el plazo máximo de tres meses— el estado del trabajador a efectos de su posible declaración de invalidez permanente, salvo que, necesitando tratamiento médico, fuera aconsejable posponer la calificación, prorrogándose la situación de incapacidad temporal hasta un máximo de 30 años desde su inicio (artículo 131 bis, 2).

La incapacidad temporal correspondiente a periodos de observación por enfermedad profesional, tiene una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se considere necesario para el diagnóstico y estudio de la enfermedad (artículo 128 b, LSS).

En la duración máxima de la incapacidad temporal se computan los periodos de recaída y observación (artículo 128-2 LSS).

c') Extinción. El derecho a la prestación se extingue, por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad de que se trate; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación, por fallecimiento, y supuesto más frecuente, por alta médica por curación, o por propuesta de declaración de invalidez permanente; pero si se agotó el plazo máximo o si existe propuesta de invalidez, el derecho a la prestación no se extingue hasta que no recaiga resolución sobre la misma, en cuya fecha se inician las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquellas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal; si se declara la inexistencia de la invalidez la prestación de incapacidad temporal se extiende en todo caso hasta tal declaración (artículo 131 bis, 3 y OLT, artículo 10 y adición al mismo por OM 21-IV-1992).

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido, si el beneficiario actúa fraudulentamente para la obtención o conservación de la prestación; en caso de que trabaje por cuenta ajena, e igualmente podrá ser

suspendido cuando rechace o abandone sin causa razonable el tratamiento prescrito (artículo 132 LSS).

c) Contenido de la protección

Para la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, se concede un subsidio del 75 por ciento del salario (artículo 129 LSS y artículo 2-1 RGP).

Para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, el subsidio es del 60 por ciento de la base reguladora para los días cuarto al vigésimo, ambos inclusive, y del 75 por ciento a partir del vigésimo primero, sin perjuicio de que pueda ser mejorado por decisión del empresario o convenio colectivo, pero siempre a cargo exclusivo de aquél.

La prestación se abonará desde los días cuarto a decimoquinto de la baja (al 60 por ciento) a cargo del empresario, y a partir del decimosexto (desde el 16 al 20 hasta 60 por ciento y desde el 21 al 75 por ciento) a cargo de la seguridad social (artículo 131-1 LSS).

La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, será el resultado de dividir el importe de la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior a la baja, entre el número de días a que se refiere la cotización, si el trabajador percibe retribución mensual y ha permanecido en alto todo el mes natural anterior se dividirá por treinta.

La base reguladora para el cálculo de la cuantía del subsidio de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, será el resultado de dividir el importe de la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja, entre el número de días a que se refiere la cotización, excluyendo las normas extraordinarias del mes anterior e incluyendo el promedio de horas extras realizadas durante el año anterior a la fecha de la iniciación de la incapacidad temporal.

La gestión corresponde al INS o a la mutua, a opción del empresario en los términos de la LSS, disposición adicional undécima. Puede también ser asumida por la empresa como colaboración voluntaria en la gestión, en la forma que determine el MTS (LSS, artículo 77-1 b). El abono de la prestación se realiza mediante la colaboración obligatoria de las empresas, de forma que los pagos son realizados directamente por el empresario a los trabajadores a su servicio, descontándolos de la liquidación de su cuotas a la seguridad social, salvo el subsidio de los días cuarto o decimoquinto que son a su exclusivo cargo. Las empresas de menos de diez trabajadores que lleven abonando el

subsidio durante un periodo superior a seis meses, pueden pedir el traspaso del pago la entidad gestora.

II. MATERNIDAD

1. *La maternidad*

Si bien la protección por maternidad refiere a todas las mujeres y concierne a la sociedad misma, va a revestir una significación especial para las mujeres que ejercen una actividad profesional, tratando de garantizar que la función biológica no constituya un obstáculo en sus actividades profesionales. Para ello, en su protección van a confluír medidas de distinta índole: unas, con un claro matiz laboral, que tiene como finalidad acomodar la relación jurídica preexistente al proceso biológico, para que queden salvaguardados los intereses de la trabajadora; otras, de orden prestacional e incorporadas en normas de seguridad social, que pretenden garantizar no sólo la salud de la madre y el hijo, sino también el nivel de recursos necesarios.

Es precisamente en los denominados periodos de descanso (permisos y licencias) por maternidad, donde ambos sectores del ordenamiento van a actuar de forma coordinada. De un lado, recogiendo la maternidad como causa de suspensión de la relación laboral y fijando su duración máxima; y de otro, articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a otorgar por el sistema de seguridad social.

2. *Estructura de la protección: los periodos de descanso y licencias parentales*

La maternidad de la trabajadora, sea natural o por adopción, se constituye en causa de protección, provocando la suspensión de la actividad laboral o profesional, de la madre y/o en determinados supuestos, la del padre.

En efecto, el artículo 48 del ET, establece que:

[...] en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta 18 semanas, pudiendo hacer uso de éstas el padre en caso de fallecimiento de la madre. En caso de que el padre o la madre trabajen [...] ésta podrá optar porque el padre disfrute hasta las cuatro últimas semanas, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga riesgo para su salud.

Igualmente en los supuestos de adopción y acogimiento, el referido precepto establece un periodo suspensivo cuya duración está en función de la edad del

menor. Así, si es menor de nueve meses, tendrá una duración de ocho semanas, computables, bien desde la decisión administrativa o judicial del acogimiento, bien desde la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Si por el contrario, es mayor de nueve meses y menor de cinco años, la duración de la suspensión será de seis semanas. Habrá que tener en cuenta, además, que si el padre o la madre trabajan, sólo uno de ellos podrá ejercitar el derecho.

Finalmente las reglas del ET son recogidas por la LSS y sus normas de desarrollo, a las cuales remiten expresamente los regímenes especiales que incorporan trabajadores por cuenta propia, siendo para ellos —igual que para los demás colectivos— incompatible la prestación por maternidad con la actividad profesional que venía desarrollando y con cualquier otra.

Respecto al periodo de descanso utilizable por la madre, hay que destacar su doble componente, voluntario y obligatorio, de forma que el periodo voluntario (diez semanas) se puede disfrutar antes, después del parto, e incluso podría disfrutarse por menor duración o renunciar a él, con la única condición de que el periodo en su conjunto (voluntario y obligatorio) debe sucederse de forma ininterrumpida. Por lo que respecta al periodo obligatorio, su disfrute debe realizarse después del parto, en todo caso.

En lo referente a la licencia parental, su utilización viene delimitada en el tiempo y condicionada a las posibilidades del trabajo en la salud de la madre.

Únicamente el padre tendrá derecho propio respecto al tiempo de suspensión que restara por disfrutar en caso de muerte de la madre, en otro caso y con los condicionamientos dichos, el tiempo de licencia no podrá sobrepasar las cuatro últimas semanas. Y ello en el entendimiento de que el periodo es único aunque pueda originar una doble y sucesiva suspensión de las relaciones laborales o profesionales que vinculan a ambos, padre y madre.

3. *Mecánica protectora*

a) Requisitos de acceso

Para acreditar derecho a la prestación se exige que el beneficiario, padre, madre o ambos, esté afiliado y en alta, así como acreditar un periodo mínimo de cotización de 180 días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante (LSS, artículo 133 ter.), que lógicamente en la maternidad natural ha de ser del inicio del periodo de descanso, como matizó OLT, artículo 3-1b) y no el del parto, como sigue diciendo la LSS, arrastrando un error histórico. Durante la maternidad se está en alta especial y subsiste la obligación de cotizar (LSS, artículo 106-4).

b) Contenido de la protección

La prestación es el 100 por ciento de la base reguladora, calculándose ésta sobre la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior, y cubre el periodo máximo de duración.

La gestión se efectuará por la entidad gestora correspondiente, sin que se admita fórmula alguna de colaboración, voluntaria u obligatoria, en la gestión por parte de las empresas (LSS, disp. ad. 11 ter.), lo que implica que el pago de la prestación se efectuará directamente por aquella.

III. INCAPACIDAD PERMANENTE

1. *Conceptos y grados: el sistema de calificación profesional*

De los distintos criterios básicos que los sistemas de protección social utilizan para enfrenar a la evaluación de los daños producidos por la actualización del riesgo, nuestro ordenamiento optó históricamente por el de carácter profesional, que utiliza como parámetro la incidencia de las lesiones sobre la capacidad para el trabajo.

Aunque no existe ningún sistema plenamente satisfactorio, el criterio de “profesionalidad” de la incapacidad es, desde hace tiempo, objeto de crítica, en el sentido de que pueda atenderse más bien a la capacidad residual genérica, y no a la específica previa del trabajador, que con el paso del tiempo tiende a hacerse irrelevante.

Con base en el criterio apuntado, el artículo 134-1 de la LSS establece el concepto genérico de invalidez en los términos siguientes:

En su modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Dos tipos de caracteres son los que conceptúan la invalidez permanente, unos, referidos a lesiones, que han de ser clínicamente objetivables y deben ser definitivas o permanentes, en el sentido de que no sean susceptibles de

mejoría por tratamiento médico; y otros, referidos a la incidencia de las lesiones sobre la capacidad laboral del individuo.

Precisamente, para la calificación o determinación de la incidencia de las lesiones sobre la capacidad laboral, nuestro sistema habilita distintos “grados” de invalidez, utilizando como parámetros, bien la profesión habitual del trabajador, bien la referencia a cualquier profesión u oficio. Este sistema, aunque consolidado en nuestra legislación, no es común en el derecho comparado, donde la solución más frecuente es la graduación porcentual de la incapacidad.

Los grados referidos vienen conceptuados en el artículo 137 de la LSS de la forma siguiente:

Se entenderá por invalidez parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100% de su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de las mismas.

Se entenderá por invalidez total para la profesión habitual, la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

Se entenderá por invalidez absoluta para todo trabajo, la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Junto a estos grados básicos, la LSS prevé la existencia de dos “subgrados” adicionales que no responden a criterios de calificación profesional, a saber, la invalidez total cualificada y la gran invalidez. Así, el artículo 139-2 somete el carácter cualificado de la invalidez, a razones de edad, falta de preparación general o específica, circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, que hagan presumir la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de aquélla para la que es declarado inválido. Por su parte el artículo 137-6, exige para la declaración de gran inválido, la necesidad de asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer y análogos.

Todos los grados y subgrados referidos tienen validez universal en el sistema, ya que al concepto dado por la LSS remiten todos los regímenes especiales, tanto incorporen trabajadores por cuenta propia o ajena. Las únicas excepciones son, la invalidez parcial que expresamente se silencia en el régimen especial de trabajadores autónomos y la invalidez total cualificada que no es aplicable a los trabajadores por cuenta propia de los regímenes agrario y de autónomos.

2. Estructura de la protección

a) Requisitos de acceso

Los requisitos para causar derecho a la prestación son, estar afiliado al régimen correspondiente de la seguridad social, y en alta o situación asimilada en el momento del hecho causante.

La ley 26/85 de 31 de julio, introdujo importantes novedades en relación al alta, así, el artículo 138-3 de la LSS establece que la pensión de invalidez absoluta para todo trabajo y la gran invalidez derivadas de contingencias comunes, podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada, siempre que reúnan un periodo de cotización de quince años, de los cuales al menos tres deben estar comprendidos dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Para las pensiones de invalidez permanente derivadas de enfermedad común se exige un periodo de cotización previo, fijado —siempre que esté en alta o situación similada— en función de la edad que tuviera el inválido en el momento del hecho causante, de acuerdo con las siguientes reglas:

Primera. Si el causante es menor de veintiséis años: la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplió los dieciséis y la del hecho causante.

Segunda. Si el causante tiene cumplidos veintiséis años: un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplió los veinte y la del hecho causante, con un mínimo en todo caso, de cinco años. De este periodo, al menos la quinta parte debe estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

Para la incapacidad permanente parcial se exige un periodo de cotización de mil ochocientos días en los diez años anteriores a la fecha en que se haya extinguido la incapacidad temporal.

No se exigirán periodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que deriven de accidente no laboral (LS artículo 124-4, reiterado por el artículo 138-1)

b) Prestación económica:

a') Base reguladora. Las reguladoras de las prestaciones son:

—Para la incapacidad permanente parcial, la misma que se calculó para la incapacidad temporal.

- Para las pensiones de invalidez permanente —excepto incapacidad parcial— derivadas de enfermedad común, cuyo periodo de cotización exigible sea superior a ocho años, y para la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de enfermedad común y accidente no laboral, cuando el causante no esté en alta: el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización de los noventa y seis meses anteriores al hecho causante. Con las siguientes reglas adicionales: las bases de los últimos veinticuatro meses se computarán por su valor nominal y las restantes se actualizarán de acuerdo con la evolución experimentada en el índice de precios al consumo.
- Para todas las pensiones de invalidez permanente, derivadas de enfermedad común, cuyo periodo de cotización exigible sea inferior a ocho años, el cálculo se realizará de la misma forma, con las siguientes salvedades: “se computarán bases mensuales de cotización en igual número al de meses de que conste el periodo mínimo exigido”, sin apreciar las fracciones de mes, y se dividirán por el número de meses a que dichas bases se refieran multiplicado por el coeficiente 1,1666; y “en ningún caso se actualizarán las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al hecho causante”.
- Para todos los grados de invalidez permanente derivada de accidente no laboral, cuando el causante esté en alta o situación asimilada, será el cociente de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses, comprendido dentro de los siete años anteriores al reconocimiento de la invalidez permanente.

Sea cual sea la norma aplicable, si en el periodo tomado para calcular la base reguladora aparecen meses en los que no existiera la obligación de cotizar, se tomará la base mínima existente en cada momento.

b') Cuantía. Para la incapacidad permanente parcial, derivada de contingencias comunes, la prestación económica consiste en una cantidad a tanto alzado, equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que sirvió para calcular la cuantía del subsidio por incapacidad temporal. Si se deriva de contingencias profesionales, 24 mensualidades del salario.

Para la incapacidad permanente total, una pensión vitalicia del 55 por ciento de la base reguladora. En el supuesto de riesgos profesionales, el 55 por ciento del salario. Esta pensión podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado, cuando el beneficiario fuera menor de sesenta años.

Para la incapacidad permanente total cualificada, una pensión vitalicia del 75 por ciento de la base reguladora. Si se deriva de contingencias profesionales el 75 por ciento del salario.

Para la incapacidad permanente absoluta, una pensión vitalicia del 100 por ciento de la base reguladora. Si se deriva de contingencias profesionales el 100 por ciento del salario.

Para la gran invalidez, la pensión que corresponda en su grado, incrementada en un 50 por ciento destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.

3. *Calificación y revisión*

El artículo 1 del RD 1300/1995, que desarrolla el artículo 143-1 de la LSS (en redacción dada LFA y OS), establece que corresponde al INS, “evaluar, calificar, revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente”.

El equipo de valoración de incapacidades —con encuadramiento orgánico y funcional en la Dirección Provincial del INS— formulará al director del INS los informes-propuesta, perceptivos y no vinculantes una vez examinada la situación de incapacidad del trabajador (artículos 2 y 3 RD 1300/1995).

En el procedimiento para evaluar la incapacidad, el expediente se inicia bien de oficio por la entidad gestora, a iniciativa propia o por comunicación de la inspección de trabajo, bien a instancia de la parte interesada (los trabajadores y sus beneficiarios, las mutuas y las empresas), cuando puedan resultar afectados por la resolución que se adopte (artículo 4, RD 1300/1995).

La instrucción del expediente requiere la aportación —previo consentimiento del interesado— de alta médica de asistencia sanitaria, remitida por el servicio de salud o mutua o empresa colaboradora; una vez formulado el informe propuesto por el equipo de valoración de incapacidades, se concederá audiencia al interesado.

El expediente se eleva al director provincial del INS, quien deberá dictar resolución en un plazo no superior a 135 días; transcurrido éste, se entiende denegada por silencio administrativo. La resolución, inicial o por revisión, fijará el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión (primera o sucesiva) por agravación o mejoría; por error en el diagnóstico podrá efectuarse en cualquier momento (siempre antes de la edad de jubilación); si el inválido trabaja por cuenta propia o ajena la revisión puede promoverse, haya o no transcurrido el plazo, fijado por el INS (LSS, artículo 143-4 y artículo 6 RD 1300/1995).

Las resoluciones del director provincial del INS son impugnables, conforme a la LPL, tras la reclamación previa conforme al artículo 71 LPL.

IV. JUBILACIÓN

1. *Concepto y caracterización*

De todos los supuestos de inactividad cubiertos por los sistemas de protección social, el más importantes es, sin duda, la vejez o jubilación y ello no sólo porque es la causa más frecuente, en cuanto término previsible y normal de vida profesional, sino por el progresivo aumento de la edad media de la población y de su expectativa de la vida actual.

Aunque el acceso a la jubilación viene caracterizado, como regla general, por el cese en el trabajo al cumplir una determinada edad, el ordenamiento jurídico posibilita distintas formas de retiro. Posiblemente la diferencia más importante es la distinción entre jubilación voluntaria y jubilación forzosa. Junto a ellas, el ordenamiento abre un abanico de posibilidades en las que la edad aparece como elemento diferencial, bien por razones de política de empleo, por la peligrosidad de los trabajos previamente realizados o por el reconocimiento de derechos históricos.

La regla general es la jubilación voluntaria y la excepcional es la jubilación forzosa. Sólo sera posible la jubilación forzosa cuando se haya pactado en convenio colectivo y siempre que el trabajador afectado acredite los requisitos exigidos en la LSS para tener derecho a pensión, exigencias impuestas por el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de julio de 1981 y seguida, entre otras, por la de 30 de abril de 1985.

2. *Requisitos de acceso a la protección*

Las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación son las siguientes:

Primero. Ser trabajador por cuenta ajena afiliado al régimen general de la seguridad social o regímenes especiales, y encontrarse en alta o en situación asimilada al alta en el momento del hecho causante. Sin embargo este requisito, puede ser dispensado siempre que los interesados tengan cumplidos 65 años (artículo 162-4 LSS).

Segundo. Haber cumplido 65 años o la edad inferior que se fije para quienes hayan trabajado en actividades excepcionales peligrosas, penosas, tóxicas o

insalubres (artículo 161 LSS). No obstante existe la posibilidad de jubilaciones a edades inferiores, bien para preservar derechos históricos o como medida de fomento de empleo en determinados supuestos.

Tercero. Tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los ocho inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (artículo 161 LSS).

Cuarto. Que los interesados a causa de la edad, cesen o hayan cesado, si se accede desde la situación de no alta, en el trabajo por cuenta ajena. No se trata, por tanto, en general, de pensión simple por edad, sino de pensión por el cumplimiento de ésta acompañado de jubilación o retiro, que, como apuntamos, es en principio voluntario. Como excepción a la regla del cese en el trabajo está la jubilación parcial (artículo 166 LSS).

3. Contenido de la protección: base reguladora y cuantía

La base reguladora, es el cociente que resulte de dividir entre 112 la suma de las bases de cotización de los 96 meses inmediatamente anteriores al hecho causante. Para su cálculo se aplicarán las siguientes reglas:

Primera. Las bases de los últimos 24 meses se computan por su valor nominal.

Segunda. Las restantes bases se actualizan de acuerdo con la evolución experimentada del índice de precios al consumo.

Si en el periodo tomado para el cálculo de la base aparecen meses en los que no exista obligación de cotizar se toma para ellos la base mínima para mayores de dieciocho años vigente en cada momento para el régimen general.

La pensión consiste en un porcentaje de la base reguladora, que va aumentando con los años de cotización efectiva, a partir de los 15 años mínimos, según una escala que comienza en el 60 por ciento para los 15 años de cotización y va aumentando un 2 por ciento cada año adicional, hasta llegar al máximo de 100 por ciento a los 35 años cotizados.

4. Dinámica de la protección

La pensión de jubilación nace y es efectiva para los trabajadores en alta desde el día siguiente a producirse el cese en el trabajo, siempre que la solicitud se haya presentado con anterioridad o dentro de los tres meses siguientes al cese en el trabajo. Para los trabajadores que no estén en alta o para los que no hayan presentado la solicitud en el plazo señalado, la pensión nacerá desde la fecha de la solicitud con una retroactividad máxima de tres meses.

La pensión de vejez es incompatible con todo trabajo por cuenta propia o ajena, que dé lugar a su inclusión en el campo de aplicación del régimen general o de alguno de los regímenes especiales de la seguridad social. La incompatibilidad no implica la prohibición de trabajar para el jubilado, en el caso de ejercer cualquier profesión o actividad, la pensión quedará suspendida.

V. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. *Concepto y acción protectora*

Las prestaciones por muerte y supervivencia pretenden reparar la pérdida de rentas de trabajo en las que por mediación del causante participan los causahabientes, remediando así la necesidad presunta de éstos. El causahabiente, en la regulación de la seguridad social, tiene un derecho propio y las prestaciones acrecen directamente su patrimonio y no, por tanto, un derecho derivado del incremento del patrimonio del causante que se traslada por su muerte a sus herederos.

El hecho causante de las prestaciones es la muerte, que se reputa al riesgo originario (accidente sea o no de trabajo y enfermedad profesional o común), con las siguientes peculiaridades para los de origen profesional: se reputaran de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes sean inválidos absolutos o grandes inválidos por tales riesgos aunque no exista relación entre éstos y la muerte (presunción *iure et de iure*); si entre el accidente y la enfermedad profesional y la muerte han transcurrido menos de cinco años, cabe probar la relación de causalidad —no si se produjo pasados los cinco años, la prueba se admite en todo tiempo en caso de enfermedad profesional (artículo 172-2 LSS)—. También se reputa hecho causante la desaparición del trabajador con ocasión de accidente sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias en los noventa días siguientes, debiendo ser solicitado el reconocimiento en los ciento ochenta días siguientes, en caso contrario habría que acudir a la declaración de fallecimiento del artículo 193 y siguientes del Código Civil (artículo 7 de la Orden de 31.7.72).

La acción protectora comprende las siguientes prestaciones, cualquiera que sea el riesgo originario: pensiones de viudez, orfandad y en favor de familiares, y auxilio por defunción; cuando el riesgo sea de carácter profesional, existirá, además, una indemnización a tanto alzado.

2. *Requisitos de acceso a la protección:*

a) sujetos causantes

El sujeto causante puede ser el trabajador que reúna los requisitos del artículo 94 LSS (afiliado en alta o situación asimilada, sumamente flexibilizada ésta por la jurisprudencia), quienes perciban subsidio de espera o asistencial y los pensionistas de invalidez permanente o jubilación (estos últimos aunque fallecieran sin solicitar la pensión). Si el trabajador en activo muere como consecuencia de enfermedad común se exige, además de los generales, un periodo de cotización de quinientos días dentro de los siete años anteriores al fallecimiento.

b) beneficiarios

Por lo que respecta a los requisitos de los beneficiarios habría que distinguir:

1) Viudez. La pensión se concede al cónyuge viudo, pero siempre que se hubiera contraído matrimonio en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 49 del Código Civil. Este artículo deja fuera de protección las uniones extramatrimoniales (artículo 174 LSS. confirmado por STCo 184/1990, de 15 de noviembre), salvo en los supuestos de derecho transitorio previstos por ley 30/1981, de 7 de julio, disposición adicional 10, de personas que no hubieran podido contraer matrimonio por impedírsele la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la citada ley, pero que hubieran vivido como tal.

2) Orfandad. En cuanto a los huérfanos, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, deben ser menores de dieciocho años o mayores incapacitados de forma absoluta para el trabajo; para los adoptivos es necesario que la adopción se hubiera efectuado dos años antes de la muerte del causante; para los hijos llevados al matrimonio por el cónyuge supérstite, es necesario que, además de los requisitos generales, el matrimonio se hubiera celebrado dos años antes de la muerte del causante y que convivieran con él y a sus expensas y que carezcan de derecho a pensión o de familiares con obligación de alimentos.

3) Otros familiares. Tendrán derecho a pensión los hijos de beneficiarios de pensiones contributivas de invalidez o jubilación, que sean mayores de cuarenta y cinco años, solteros, divorciados o viudos, que hubieran convivido con el causante y a su cargo al menos durante dos años antes de su muerte y carezcan de medios propios de vida; los nietos y hermanos menores de dieciocho años o incapacitados, madre, abuelas, padre y abuelos del causante

que, en general, hubieran convivido con él y a sus expensas al menos con dos años de antelación y carezcan de medios propios de vida; tienen derecho a subsidio los hijos y hermanos del causante, mayores de dieciocho años, solteros, divorciados o viudos, en las mismas condiciones de convivencia y carencia de medios.

3. *Contenido de la protección*

a) Determinación de la base reguladora

Para el análisis del contenido de las prestaciones por muerte y supervivencia, es necesario delimitar primero cómo se determina la base reguladora sobre la que se calcula el importe de cada pensión, subsidio o indemnización, en el entendimiento de que, fijada la base reguladora, en función del riesgo originario de la muerte del causante, ésta es la misma para todas las prestaciones. Por ello, en evitación de reiteraciones, analizaremos ahora la determinación de la base reguladora.

Como hemos dicho, la base reguladora es diferente según el causante estuviera en activo o fuera pensionista y si estaba en activo, según el riesgo originario, así: causante en activo y riesgo derivado de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora consistirá en el cociente de dividir entre 28 la suma de las 24 bases de cotización ininterrumpidas, a elegir entre los siete últimos años (artículo 7-1 RPF); causante en activo y riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora se determina sobre los salarios reales del año anterior al hecho causante (Disposición transitoria 1 RPF); si el causante es pensionista de invalidez o jubilación, la base reguladora será la misma que sirvió para determinar su pensión, aunque “la pensión resultante se incrementará con el importe de las revalorizaciones o mejoras que, para las pensiones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que se derivan” (artículo 7-2 RPF).

b) Cuantía de las prestaciones

1) Pensión de viudez. Consiste en una pensión vitalicia del 45 por 100 de la base reguladora. En aplicación del artículo 174-2 de la LSS, en los casos de separación legal o divorcio, con independencia de sus causas, si concurren varios beneficiarios supervivientes, la pensión es proporcional al tiempo de convivencia con el causante.

2) Pensión de orfandad. Consiste en una pensión temporal para cada huérfano del 20 por 100 de la base reguladora, sin que entre todas las de orfandad

y la de viudez puedan superar el 100 por 100 de la base reguladora, en caso de que lo superen se reducen proporcionalmente las de orfandad hasta alcanzar el límite. Esta regla implica que la extinción de cada pensión de orfandad provoca la revisión de las demás que mantengan su derecho hasta alcanzar cada una el 20 por 100 y no sobrepasar el límite del 100 por 100. Reglas especiales son las siguientes: las pensiones de orfandad se incrementan con la de viudez —distributiva entre los huérfanos—, cuando a la muerte del causante no hubiera cónyuge supérstite o si éste falleciera con posterioridad en disfrute de la pensión, para estos supuestos las reglas de límite (todas la de orfandad más de la de viudez repartida proporcionalmente no podrán superar el 100 por 100 de la base reguladora), aminoración y recálculo, en su caso, son las ya vistas (artículo 36 RGP y artículo 17 OMS); son compatibles las pensiones de orfandad causadas por el padre y por la madre.

3) Pensión en favor de familiares. Consiste en una pensión vitalicia del 20 por 100 de la base reguladora, también con el límite del 100 por 100 si son varios los familiares con derecho a pensión. Este límite es independiente del ya visto para el conjunto de las viudez y orfandad. En caso de no existir cónyuge supérstite ni huérfanos con derecho a pensión, la de viudez incrementa las de favor de hermanos o nietos y en su defecto las de ascendientes (artículo 39 RPGG y artículo 23 OMS).

4) Subsidio en favor de familiares. Su cuantía es igual que la pensión, incluido el posible incremento, por una duración máxima de doce mensualidades (artículo 41 RGP y artículo 26 OMS).

5) Indemnización especial a tanto alzado. Ya dijimos que éstas solamente se otorgan en el supuesto de que el riesgo originario sea accidente de trabajo o enfermedad profesional. Consiste en una indemnización para el cónyuge supérstite de seis mensualidades de la base reguladora y otra para cada uno de los huérfanos de una mensualidad de la misma base que podrán incrementarse con las del cónyuge supérstite si éste no existe. En el supuesto de que no existieran tales familiares, la indemnización se otorga al padre o a la madre del causante que vivieran a sus expensas, correspondiendo doce mensualidades de la base reguladora si existen los dos ascendientes o nueve mensualidades si sólo existe uno (artículo 177 LSS y artículo 12 RFP).

4. Régimen de compatibilidades

La pensión de viudez es compatible con el trabajo por cuenta propia o ajena así como con los subsidios o pensiones sustitutivos de las rentas de trabajo (i.e., invalidez, jubilación), con el límite, para las pensiones, de la

cuantía fijada en las Leyes de presupuestos. La de orfandad también es compatible con el trabajo y con la pensión de viudez en los supuestos vistos de orfandad absoluta; por el contrario, si el huérfano es inválido absoluto con derecho a pensión, ésta es incompatible con la de orfandad, por lo que se debe optar entre una u otra. En las pensiones en favor de familiares, las reglas de compatibilidad o incompatibilidad surgen de los propios requisitos para su concesión; recuérdese la exigencia general de carencia de medios propios de vida.

5. Dinámica y gestión

Las prestaciones de muerte y supervivencia se entenderán causadas en el momento del fallecimiento del causante, regla que tiene alguna particularidad; así, en caso de causante desaparecido, el momento del accidente y para el hijo póstumo, la fecha del nacimiento. El derecho al reconocimiento de las mismas es imprescriptible —con excepción del subsidio por defunción—, sin perjuicio de que los efectos se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

La gestión corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con la que el empresario tuviera asegurado los riesgos profesionales. El pago de las prestaciones corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social. En caso de que sea la Mutua quien gestiona deberá capitalizar y depositar el coste de las pensiones en la Tesorería.